

РЕШЕНИЕ

по делу № 041/07/3-470/2020

06 ноября 2020 г.
Камчатский

г. Петропавловск-

Резолютивная часть решения оглашена «02» ноября 2020 года

В полном объеме решение изготовлено «06» ноября 2020 года

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по Камчатскому краю (далее – Комиссия) по рассмотрению жалоб в порядке, предусмотренном статьей 18.1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), в составе:

председателя Комиссии – руководителя управления .,

членов Комиссии:

заместителя руководителя управления .,

заместителя начальника отдела правового обеспечения и рекламы .,

в присутствии представителей:

- заказчика – акционерного общества «Южные электрические сети Камчатки» (далее – АО «ЮЭСК»):

- заявителя – общества с ограниченной ответственностью «Торговый дом Зевс» (далее - ООО «Торговый дом Зевс», Общество):

рассмотрев в дистанционном формате посредством видео и аудиоконференц связи в соответствии с частями 16, 17 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции жалобу ООО «Торговый дом Зевс» на действия заказчика – АО «ЮЭСК» по определению поставщика путем проведения аукциона в электронной форме, участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства по закупке № 35.1 «Линейно-сцепная арматура» (извещение № 32009586384),

УСТАНОВИЛА:

АО «ЮЭСК» проводился аукцион в электронной форме участниками которого могут быть только субъекты малого и среднего предпринимательства по лоту № 35.1 «Линейно-сцепная арматура» (извещение № 32009586384) (далее – Закупка); начальная (максимальная) цена договора установлена в размере 8 200 000 рублей. Извещение и документация о Закупке размещены в Единой информационной системе (далее – ЕИС) сфере закупок на сайте www.zakupki.gov 16.10.2020. Срок окончания подачи заявок: 26.10.2020.

Процедура Закупки проводилась в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее - Закон о закупках), единым положением о закупке продукции для нужд группы РусГидро (далее – Положение), документацией о закупке на право заключения договора на поставку линейно-сцепной арматуры (далее – Документация), единой методикой проверки надежности (деловой репутации) и финансового состояния (устойчивости) участников закупочных процедур, проводимых группой «Русгидро» (далее – Методика проверки Русгидро).

Согласно справке по результатам процедуры вскрытия конвертов с заявками от 26.10.2020 на участие в Закупке подана 5 заявок с №№ 494371, 494303, 494209, 494160, 493613.

26.10.2020 в Камчатское УФАС России поступила жалоба ООО «Торговый дом Зевс» на положения Документации, которые нарушают права участников, путем ограничения конкуренции. В жалобе указаны следующие доводы:

1. Согласно Приложению 1 (Техническое задание на поставку товара) к Документации участнику Закупки необходимо предоставить в составе первой части заявки:

6.4 Отсканированные копии документов, подтверждающих соответствие ГОСТ или Техническому регламенту Таможенного союза, заявленных характеристик и конструктива предложенной продукции:

6.4.1 Технические условия в соответствии с которым выпускается продукция.

6.4.2 Протоколы испытаний проведенных в аккредитованной в установленном порядке испытательной лаборатории (центре) или аттестацию ПАО «Россетей».

6.4.3 Чертежи с габаритными и установочными размерами.

6.4.4 Каталоги на продукцию (производителей заявленных в предложении участника).

Положения Закона о закупках не обязывают участника закупки иметь в наличии товар в момент подачи заявки. В связи с чем требования Заказчика

о предоставлении в составе заявке документов, которые предоставляются в момент приобретения товара, имеют признаки ограничения конкуренции, что противоречит подпункту 2 пункта 33 Положения, пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках и нарушает пункт 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

2. Участник, не являющийся производителем или официальным дилером, должен предоставить во ВТОРОЙ ЧАСТИ ЗАЯВКИ подтверждение завода-изготовителя о предоставлении права Участнику представления интересов завода-изготовителя в данной закупочной процедуре.

Участник закупки может не являться производителем товара или не иметь дилерские отношения с производителем, но при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащем образом в соответствии с требованиями договора поставки.

У производителя/дилера/поставщика товара отсутствует обязанность как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о предоставлении подтверждающих документов, а также учитывая сроки подачи заявок на участие в закупке, возможность участников закупки подать заявку на участие в Закупке в соответствии с установленным требованиям в Документации всецело зависит от волеизъявления третьих лиц.

Таким образом, действия Заказчика, установив указанное требование в Документации, ограничивает количество участников Закупки, что противоречит пункту 2 части 1 статьи 3 Закона о закупках, подпункту 2 пункта 32 Положения и нарушают требования пунктов 2, 3 части 10 статьи 4 Закона о закупках.

3. Проектом договора установлена неравнозначная ответственность поставщика и заказчика:

5.2. В случае нарушения Покупателем сроков оплаты, установленных разделом 2 Договора (за исключением срока оплаты авансовых платежей), Поставщик вправе требовать уплаты Покупателем исключительной неустойки в размере 0,1 (ноль целых одна десятая) процента от несвоевременно оплаченной суммы за каждый день просрочки, но не более 5 (пяти) процентов от несвоевременно оплаченной суммы.

5.3. В случае нарушения Поставщиком обязательств по поставке Товара (нарушение срока поставки, недопоставка), а также в случае несвоевременного устранения выявленных недостатков Товара, Покупатель вправе требовать уплаты Поставщиком:

5.3.1. Штрафной неустойки в размере 0,2 (ноль целых и две десятых) процента от цены Партии Товара за каждый день просрочки - в случае, когда

нарушение привело или неизбежно приведет к изменению срока поставки Товара в целом по Договору или сроков поставки последующих Партий Товара.

Включая в проект договора заведомо невыгодное условие для контрагента, от которого победитель не может отказаться, заказчик нарушил основополагающий принцип российского права равнозначности гражданско-правовой ответственности.

Заказчик с доводами жалобы не согласился, в письме от 02.11.2020 представил возражения на жалобу, в которых пояснил следующее.

Технические требования, являющиеся неотъемлемым приложением к Документации сформированы в четком соответствии с пунктом 6.4.1 Положения, в котором Заказчик вправе установить требования к процессам производства, хранения, перевозки, контроля качества продукции и иным процессам, влияющим на возможность использования продукции Заказчиком.

Включение требований, указанных в Документации, является принципиально важным и напрямую является следствием профессиональной деятельности Заказчика.

Заказчику необходимо на стадии рассмотрения 1-х и 2-х частей заявок участников быть уверенным в наличии у потенциальных контрагентов:

- основополагающей базы для реализации механизма современной и качественной поставки (требования к процессам производства);
- информации о производителе продукции во избежание получения контрафактной продукции сомнительного производства (контроль качества продукции).

Общество в своей жалобе ссылается на подпункт 2 пункта 33 Положения, при этом Положение не содержит указанного пункта.

Согласно справке о вскрытии конвертов, среди заявившихся участников имеется заявка за номером № 424409, которая содержит «информационное письмо» аналогичное содержания доводам жалобы направленной в Камчатское УФАС России. Данный факт позволяет идентифицировать заявку с № 424209, как заявку Общество, следовательно, Общество подало заявку на участие в Закупке. Общество в своей заявке на участие в Закупке приложило протокол разногласий к проекту договора, в котором согласилось с условиями проекта договора в полном объеме.

Внесенные требования акцентированы на определенный сегмент рынка, рассчитанный не на круг компаний-перекупщиков, а на конкурентный выбор

квалифицированных поставщиков, способных обеспечить Заказчика качественной продукцией, при этом подтвердив свое намерение путем предоставления соответствующих документов.

В соответствии с пунктом 4 статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами.

Закон о закупках не предусматривает порядок установления ответственности заказчика и поставщика за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, предусмотренных договором.

Проанализировав документы, позицию Заявителя, изложенную в жалобе, и возражения Заказчика, Комиссия Камчатского УФАС России приходит к следующим выводам.

В соответствии с частью 1 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по правилам данной статьи антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися, а также при организации и проведении закупок в соответствии с Законом о Закупках, за исключением жалоб, рассмотрение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

В соответствии с правовой позицией Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в определении от 21.05.2014 № ВАС-5634/14, требования статьи 18.1 Закона о защите конкуренции распространяются на все закупочные процедуры (торги).

В соответствии с частью 10 статьи 3 Закона о закупках предусмотрен ряд случаев, позволяющих участникам закупок обжаловать в антимонопольный орган в порядке, установленном таким органом действия (бездействия) заказчика при закупках товаров, работ, услуг, в том числе осуществление заказчиком закупки с нарушением требований Закона о закупках (или) порядка подготовки и (или) осуществление закупки, содержащегося в подтвержденном и размещенном в ЕИС положении о закупке такого заказчика.

Согласно пункту 1 части 10 статьи 3 Закона о закупках любой участник закупки вправе обжаловать в антимонопольном органе в порядке,

установленном статьей 18.1 Закона о защите конкуренции, с учетом особенностей, установленных настоящей статьей, действия (бездействие) заказчика, комиссии по осуществлению закупок, оператора электронной площадки при закупке товаров, работ, услуг, если такие действия (бездействие) нарушают права и законные интересы участника закупки в случае осуществления заказчиком закупки с нарушением требований настоящего Федерального закона и (или) порядка подготовки и (или) осуществления закупки, содержащегося в утвержденном и размещенном в единой информационной системе положении о закупке такого заказчика.

Из жалобы Заявителя следует, что при проведении аукциона в электронной форме Заказчиком нарушены законные права и интересы Заявителя, а именно Заказчиком в Документации неправомерно установлены ненадлежащие требования к участникам Закупки.

Комиссией установлено, что жалоба Заявителя содержит основания, предусмотренные [частью 10 статьи 3](#) Закона о закупках, следовательно, подлежит рассмотрению в порядке [статьи 18.1](#) Закона о защите конкуренции.

Согласно части 1 статьи 3 Закона о закупках при закупке товаров, работ, услуг заказчика руководствуются следующими принципами: 1) информационная открытость закупки; 2) равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки; 3) целевое и экономически эффективное расходование денежных средств на приобретение товаров, работ, услуг (с учетом при необходимости стоимости жизненного цикла закупаемой продукции) и реализация мер, направленных на сокращение издержек заказчика; 4) отсутствие ограничения допуска к участию в закупке путем установления неизмеряемых требований к участникам закупки.

Исходя из части 6 статьи 3 Закона о закупках, заказчик определяет требования к участникам закупки в документации о конкурентной Закупке в соответствии с положением о закупке. Не допускается предъявлять к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требования и осуществлять оценку и сопоставление заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о Закупке.

Частью 9 статьи 3.2 Закона о закупках определено, что для осуществления конкурентной закупки заказчик разрабатывает и утверждает документацию о закупке (за исключением проведения запроса котировок в электронной форме), которая размещается в единой информационной системе вместе с извещением об осуществлении закупки и включает в себя сведения, предусмотренные в том числе частью 10 статьи 4 указанного Федерального закона.

Согласно пункту 19 статьи 3.4 Закона о закупках первая часть заявки на

участие в конкурсе в электронной форме, аукционе в электронной форме, запросе предложений в электронной форме должна содержать описание поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги, которые являются предметом закупки в соответствии с требованиями документации о закупке.

Исходя из пункта 1 части 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации должны быть указаны требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, установленные заказчиком и предусмотренные техническими регламентами в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, документами, разрабатываемыми и применяемыми в национальной системе стандартизации, принятыми в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, иные требования, связанные с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика. Если заказчиком в документации о Закупке не используются установленные в соответствии с законодательством Российской Федерации о техническом регулировании, законодательством Российской Федерации о стандартизации требования к безопасности, качеству, техническим характеристикам, функциональным характеристикам (потребительским свойствам) товара, работы, услуги, к размерам, упаковке, отгрузке товара, к результатам работы, в документации о закупке должно содержаться обоснование необходимости использования иных требований, связанных с определением соответствия поставляемого товара, выполняемой работы, оказываемой услуги потребностям заказчика.

Согласно пункту 2 части 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации должны быть указаны требования к содержанию, форме, оформлению и составу заявки на участие в закупке.

В соответствии с пунктом 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках в Документации должны быть установлены требования к участникам такой закупки.

1. Согласно [статье 456](#) Гражданского Кодекса Российской Федерации, продавец обязан передать покупателю товар, предусмотренный договором купли-продажи. Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, продавец обязан одновременно с передачей вещи передать покупателю ее принадлежности, а также относящиеся к ней документы (декларацию соответствия, технический паспорт <...> сертификат качества и т.п.), предусмотренные законом, иными правовыми актами или договором.

Таким образом, исходя из указанных положений законодательства Российской Федерации, Заказчик не вправе требовать документы, подтверждающие соответствие товара, которым участник закупочной процедуры не может обладать не приобретая соответствующего товара при поставке которого передаются соответствующие документы, такие как: паспорт качества, инструкция по эксплуатации, сертификат соответствия, технические условия и так далее, а также документы, подтверждающие результат испытания соответствующих товаров, а именно: копии документов, подтверждающих соответствие ГОСТ или Техническому регламенту Таможенного союза, технические условия в соответствии с которыми выпускается продукция, протоколы испытаний, чертежи с габаритами и установочными размерами, каталоги на продукцию..

Учитывая изложенное, требование о представлении в составе заявки участника вышеуказанных документов, указанных в Техническом задании (Приложение № 1 к Документации), обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести указанную в Техническом задании Документации продукцию.

Также, предоставление в составе заявки на участие в закупке результатов испытаний соответствующей продукции обременяют участника закупки заблаговременно произвести/приобрести товар, являющийся предметом закупки, для проведения необходимых испытаний и получения соответствующих результатов.

При этом, [Закон](#) о закупках не устанавливает обязанности участника закупки иметь товар, предлагаемый к поставке по предмету закупки, в наличии на момент подачи заявки на участие в закупке, в связи с чем участник может не обладать информацией о соответствующих свойствах товара, предлагаемого к поставке при заполнении заявки на участие в закупке.

На основании вышеизложенного, Комиссия приходит к выводу о том, что вышеуказанные требования являются избыточным, поскольку для его исполнения Заказчик устанавливает необходимость для участника закупочной процедуры, в том числе произвести/приобрести соответствующий товар для получения вышеуказанных документов.

2. Пунктом 7 Приложения 1 (Техническое задание на поставку товара) к Документации установлено требование к участнику Закупки, в соответствии с которым участник, не являющийся производителем или официальным дилером, должен предоставить во ВТОРОЙ ЧАСТИ ЗАЯВКИ подтверждение завода-изготовителя о предоставлении права Участнику представления интересов завода-изготовителя в данной закупочной процедуре.

Вместе с тем, участник Закупки может не являться производителем товара

или не иметь дилерские отношения с производителем, при этом ранее осуществлять поставки иных товаров надлежащим образом в соответствии с требованиями договора поставки.

Кроме того, в отсутствие обязанности производителя/дилера/поставщика товара как-либо реагировать на соответствующие запросы участников закупки о представлении подтверждающих документов о том, что участник обладает правом поставки оборудования, а также учитывая сроки подачи заявок на участие в Запросе предложений, возможность участников закупки подать заявку на участие в Запросе предложений в соответствии с вышеуказанными требованиями Документации всецело зависит от волеизъявления третьих ли производителя/дилера/поставщика, его официального представителя, что ограничивает возможность участия в Закупке.

Таким образом, действия Заказчика, установившего указанное требование в Документации, ограничивающее количество участников закупки, нарушают [пункт 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках](#).

3. Включая в проект договора заведомо невыгодное условие для контрагента, от которого победитель не может отказаться, заказчик нарушил основополагающий принцип российского права равнозначности гражданско-правовой ответственности.

В рассматриваемом случае предусмотренные проектом договора условия, в том числе спорные пункты 5.2, 5.3, 5.3.1 проекта договора, равны для всех потенциальных участников электронных аукционов и не создают каких-либо преференций для отдельных субъектов данного товарного рынка.

Реализация АО «ЮЭСК», как организатором электронного аукциона, своего права на определение условий договора на поставку линейно-сцепной арматуры, не может быть расценено как создание неравных условий для участника электронного аукциона либо как совершение действий, влекущих за собой необоснованное сокращение числа участников закупки.

Указанный довод Заявителя Комиссия признает необоснованным.

Таким образом, Комиссия приходит к выводу, что действия Заказчика, установившего указанные положения Документации, нарушают требования [пунктов 2, 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках](#), что содержит признаки состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена [частью 7 статьи 7.32.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях](#).

Учитывая изложенное, в соответствии с частью 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции, Комиссией принято решение о необходимости выдачи предписания, направленного на устранение выявленных нарушений.

На основании вышеизложенного и руководствуясь частями 17, 20 статьи 18.1 Закона о защите конкуренции Комиссия

РЕШИЛА:

1. Признать жалобу обоснованной.
2. Признать в действиях заказчика нарушения пунктов 2, 9 части 10 статьи 4 Закона о закупках.
3. Выдать заказчику обязательное к исполнению предписание, направленное на устранение выявленных нарушений Закона о закупках.
4. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Камчатского УФАС России для рассмотрения вопроса о возбуждении административного производства по итогам выявленных нарушений.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня его принятия.